La 1ª Replica esta en el tom 4 al fol. 251-

536

otros papeles sobre este pleito esta en este tomo desde el fol. 142-

43

SEGVNDA REPLICA POR

LAS OBRAS PIAS QVE fundò el Capitã Martin Sans de Vbago contra Gregorio Sans de Vbago ſu hermano.

1 LOS Teſtamentos ſolemnes, y iure factos, o ſe rompen, o ſe irritan; y aunque vulgarmente ſe ſuele tomar *ruptum pro irrito, quia quæ rumpuntur irrita fiunt, & quæ irrita fiunt rupta dicuntur.* §. *alio inſtit. quibus mod. teſtam. infirment.* todauia no ſin miſterio el miſmo Texto haze diferẽcia de lo vno, y lo otro, *quia commodius eſt ſingulas cauſas ſingulis appellationibus diſtingui, ideo quædam non iure facta rumpi, vel irrita fieri:* y con eſta diſtincion procede el titulo, y rubrica *de injuſto rupto, & irrito teſtamento.*

2 Y la diferencia, y commodidad de que habla el texto no ſolo conſiſte en el nombre, ſino en la ſubſtancia, porq̃ el teſtamento irrito ſe ſuele, o irritar, o anular *ipſo iure aut per exceptionem*; pero el rupto ſe anula *ipſo iure:* y de la meſmã manera ſi ceſſa la cauſa de la irritacion, o ruptura conualece el teſtamento irrito, o rupto, *aut per exceptionem, aut ipſo iure.*

3 Quando proceda lo vno y lo otro no es facil de conocer, y aſsi neceſita de exacta explicacion, como dixo Angelo en el conſejo 108. n. 3. *quod diximus dificile eſt, & altior exordium iſtum paſum.* Y aunque en nueſtro primero papel ſe tocò algo deſto, es fuerza boluerlo a recordar; porque apurada la verdad de la doctrina, y aplicada al caſo deſte

pleyto resplandezca la justicia de las obras pias, y queden conuencidas las replicas contrarias.

De dos maneras se irrita, o rompe el testamento, o por hecho voluntario del testador, o sin hecho suyo: quando es por hecho del testador es necessario ver si el hecho es ordenado *directe* a reuocar, y alterar el testamento, o *indirecte*. El exemplo de lo primero es quando el testador haze segundo testamento, porque este acto volũtario se encamina directamente a reuocar el primer testamento, y entõces se reuoca, y rompe ipso iure. *§.posteriori inst. quibus mod. testam. infirm. l. sancimus. C. de testam.* Pero esto no se verifica hasta el tiempo de la muerte; porque como la volũtad es deambulatoria, no se puede dezir que es vltima voluntad la que no dura hasta la muerte, *vt late comprobauimus in nostra allegat. ex n. 7. cum seqq. & probat text. in l. qui ex liberis. § testamento en la segunda specie. ff. de bonor. posesione. secund. tab.*

5 El exemplo de lo segundo es quãdo despues de hecho el testamento el testador se dio en arrogacion, y por este acto no se rompe el testamento *directe*, sino *indirecte per exceptionem*; porque no lo hizo por aquel fin: y en estos terminos habla la *l. qui ex liberis. §. testamento en la primera especie.*

6 Desto resulta la diferencia en la conualecencia de los testamentos; porque si el testamento fue *irrito indirecte, hoc est per exceptionem*, cessando la causa de la irritacion cõualece *ipso iure tam ad agendum ex eo secundum tabulas quam ad excipiendum etiam sine noua voluntate vt expresse dicit tex. in §. nec tamen intit. quibus mod. testam. infirm.* ibi, *nec tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta quæ ab initio iure facta per capitis diminutionem irrita facta sunt, nam si septem testium signata sunt potest scriptus hæres secundum tabulas testamenti bonorum possesionem agnoscere si modo ciues Romanas, & suæ potestatis mortis tempore fuerit.*

7 Y en esto mismo concuerda la *l. qui ex liberis. §. testamento* en la primer specie, menos en quanto requiere nueua voluntad, y declaracion, *quia tunc ex recenti voluntate conualescit*: y la repugnancia destos dos sextos en quanto a esto,

se concilia con que el §. *testamento* procede *de iure ciuili*; y el §. *nec tamen de iure pratorio, vt notat Glossa in dicto* §. *non tamen verbo secundum tabulas, quia prætor qui æquitatem semper præ oculis habet, & cuius æquitas multa sustinet quæ alioqui summo iure ciuili non constant duo tantum tempora inquirit facti testamenti, & mortis testatoris, media autem nõ scrutatur. l.* 1. §. *exigit Prætor, ff de bonor. secund. tabul.* Late Pichardo *in* §. *alio modo inst. quibus mod. testam. infirm. n.* 13. *Expresse* Baldo *in dict* §. *testamẽto, & in l. sancimus. C. de testam.* Menochius *cons.* 176. *lib.* 2. *n.* 7 & 8 Fachineus *lib.* 5. *controuer. cap.* 96. *in princip.*

8 Y esto procede mas sin duda quando se irrita el testamento por hecho necessario del testador, que entonces aun de iure ciuili no es menester nueua declaracion, porque sin ella conualece *ipso iure tex. in l. posthumus* 12. *ff. de iniust. rup. textus in l. si quis filio* 6 §. *quatenus. ff de iniust. rupt.* que es el mismo que alega vno de los abogados cõtrarios en cuia especie conualece el testamento *per indulgentiam Principis ipso iure quia mutatio status non fuit voluntaria vt in arrogatione, secus quando fuit necessaria vt per sententiam tunc enim*, no es necessaria nueua declaracion, *etiam de iure ciuili, vt tradit* Pichardus *d.* §. *alio inst. quibus mod. testam. infirm. n.* 15. Y con este texto se comprueba mejor la distincion que se ha hecho de la irritacion que resulta *ex facto voluntario, & propio testatoris.*

9 La duda deste pleyto no consiste en la irritacion, sino en la conualecencia del testamento *irrito*, o, *rupto facto testatoris directe, veluti per secundum testamentum.* Y en este caso si este segundo testamento no permanece, porque el testador le rèuoca, o lo irrita por su propio hecho; como aqui conualece el primero *per exceptionem, non quo ad agendũ ex eo, sed ad excipiendum contra institutos in secundo testamẽto volentes hæreditatem avocare ab institutis in primo possidentibus*, de manera que si los herederos del primer testamento posseen la herencia, les compete excepcion contra los que la pidieren por el segando testamento: y esto lo prueba expressamẽte el texto *in* §. *testamẽto* de la *l. qui ex liberis*, ibi, *nõ secus ac si quis aliud testamentum fecisset ac supremas tabulas indicisset vt priores supremas relinqueret nec putauerit quisquam nu-*

da

da voluntate constitui testamentum non enim de iure testamenti queritur, sed viribus exceptionis quæ in hoc inditio quanquam actori opponatur ex persona tamen eius qui opponit estimatur. Este discurso, y inteligencia prueba expressamente Angelo *dicto cons.* 108. *n.* 3. ibi, *Et dico quod aut testamentum validum ab initio testatoris facto infirmatur aut absq; eius facto. Primo casu quando infirmatur facto testatoris, aut infirmatur exceptionis ope, vt si testator se dedit ad arrogandum, & tunc posteriore voluntate testatoris declarante primum testamentum velle valere facit illud testamentum redidisse integrum tam quo ad agendum quam quo ad excipiendum*, (esta nueua voluntad no es necessaria iure prætorio por el *§. nec tomen inst. quibus mod. testam. infirm. vt dictum est*) prosigue Angelo, *si vero testamentum ipso iure ruptũ est nullum, quia testator fecit post primum testamentum secundum tunc non confirmatur primum ex posteriori voluntate, sed tantummodo paratur exceptio contra institutos in secundo volentes hæreditatem aduocare vt in d. l. qui ex liberis. §. testamento secundo responso*.

10 Y la razon de diferencia en estos dos casos es, porque en el primero caso del arrogado *testamentum ipso iure non dissoluitur per arrogationem nam voluntas non extinguitur, sed tantum cessat, & obumbratur*, assi lo aduirtiò Galeota *controuers.* 38. *n.* 53. *lib.* 1. y pondera para este intento el *§. hoc autem casu instit. quibus mod. testamenta infirment. ex quo sumitur consequentia quod testamenta capitis diminutione irrita, vere non rumpi, nec dissolui, & ideo* el *§. nec tamen*, dize, *nec tamen per omnia inutilia sunt dicto § Testamento*, ibi, *Voluntas quæ defecerat proinde*, dize Galeota, *non mi vum si ex nouæ voluntatis inditio iuditio recenti redisse intelligitur tam ad agendum quam ad excipiendum*.

11 Pero quando el testamento se rompe por otro testamẽto, si el segundo se canzela por el testador, conualece el primero, *non quo ad actionem, sed quo ad exceptionem*. *Y* la razõ desto es, porque el segundo testamento por la incision no se reuoca *ipso iure*, sino *per exceptionem, vt tenet Glossa in l. nostram C. de testam. vbi ait quod per incisionem non tollitur eficaciter testamentum ipso iure, sed ope exceptionis*; *notabiliter* Angelus *in d. §. Testamento, vbi dicit quod ipse textus turbauit spiritum glossatorum*:

atorum: y resuelue, *quod per vltimam cancellationem non destruitur testamētum quoad omnes, sed tantùm intuitu instituti in primo:* Azon *in summ. tit. de bonor. possess. secundum tabul. num. 2,* ibi: *Nā & hoc secundum testamentum non est ipso iure irritum, imô per exceptionem, nam si agant hæredes secundi testamenti, repeluntur exceptione doli ab hæredibus primi testamenti:* magistraliter Paulo de Castro *in l. nostram, C. de testamentis, num. 2.* donde dize, q̄ la incision del segundo testamento, en el caso del §. *testamento, vers. non secus,* reuocò el testamento, *exceptionis ope, quia volvit testator decedere cum primo testamento, quod erat ipso iure sublatum per secundum, quod cancelatur, & tunc cum primum non reconualescat ipso iure, sed ope exceptionis similiter cancellatum nō tollitur ipso iure, sed ope exceptionis, quia si institutus in primo possidet bona, & institutus in secundo velit auocare, poterit mero iure, sed obstabit sibi exceptio, & hoc est, vtile scire.* Lo mismo dize Cino *in dict. l. nostram, num. 2. in 4. opposi. vbi ait, quod secundum testamentum incissum non fuit omnino sublatum.*

12 Y aunque Papiniano en el §. *testamēto,* iguala el caso del *vers. nō secus,* con el primero del arrogado, no son en todo iguales, *vt ait glossa, verbo non secus, vers. sed quæro,* donde dize: *quod hic vltimus casus non est per omnia similis primo in rumpendo, primum enim in superiori casu arrogatione irritatur per exceptionem. at hic ipso iure per secundum, vt in l. sancimus, C. de testament. iten, nec in sucitatione primi, quia per recentem voluntatem resucitatur ad agendum per secundum tabulas, & ad excipiendum in inferiori: & sic in casu versiculi non secus, non ad agendum, sed ad excipiendum tantum, vt infra in fin. sed si agunt instituti in secundo testamento, repelluntur ab institutis in primo per exceptionem, non autem instituti in primo agere possunt, cum primum euanuit per secundum: sunt ergo (inquit glossa) similes in excipiendo, nec per omnia similes.* Y desta manera entiende las palabras del texto: *Non enim de iure testamenti quæritur, sed de viribus exceptionis, &c.* Y la misma glossa *verbo constitui,* concluye, que aunque no resucita el testamento en el mismo estado que de antes tenia *ipso iure tamen id operatur, vt si agant instituti in secundo opponatur eis exceptio: comprobat, & exornat latè ipse Galeota num. 37. dict. controuers. 38*

13 No han menester mas las obras pias para vencer este pleito, porque quier se rompa el primer testamento luego que se perficiona el segundo, o al tiempo de la muerte

o quier conualesca *ad agendum*, o no: en lo que no ay duda es, que conualece *per exceptionem*, *quæ competit hæredi scripto in primo*, y en esto no ay diferencia alguna en la conualecẽcia del testamento del arrogado, y del que hizo segundo testamento porque ambos conualecen igualmente *quoad exceptionem*: y en el arrogado es necesario confirmacion, o nueua voluntad por que conualesce el testamento, *quoad actionem*: y si esta voluntad fuera necesaria en el caso del segundo testamento cancelado, fueran iguales *in sucitando*, pero como no es necesario, resucita el vno *ad agendum, & excipiendum*: y el otro *ad excipiendum tantum*, en caso que estè en possessio el heredero instituido en el primer testamẽto, como aqui lo estàn las obras pias; como quiera que *iure prætorio*, en ambos casos conualecen los testamentos *ad agendum, & excipiendum, etiam sine noua voluntate (vt dictum est)* y en el caso del §. testamento, no huuo declaraciõ, ni nueua voluntad en la segunda especie, mas que la incision de el testamento.

14 Y no obstan las palabras del §, *testamento*, ibi, *vt priores supremas relinquerit*, porque alli el testador no hizo mas que cancelar el segundo testamento, *& ex ipsa incisione* nace, y resulta vna nuda voluntad de que valiesse el primero, y esso quiere dezir el texto: assi lo aduirtio la glossa, ibi verbo *constitui*, ibi: *idest resucitari primum, vel constitui eo statu, quo erat ante secundum, & hoc nuda voluntate, hoc est, per incisionem secundi, nam ipso iure euanuit primum, nec resucitatur ipso iure, sed sic vt si agant instituti in secundo opponitur eis exceptio*; y no fue menester mas declaracion que auer el mismo testador remouido el impedimento del testamento segundo, con q̃ se podia embaraçar el primero, y assi luego que se cancelò conualecio el primer testamento *per exceptionem*: *optimus textus in l. si chorus, §. area, & § si seruus, ff. de legat. 3.* dõde *area legata, si medio tempore ædificata fuerit; ac rursus area sit quanquã tunc peti non poterat, nunc tamen debetur, Seruus quoque legatus, si interim manumittatur, & postea seruus sit peti potest*: y esto es por la presumpta voluntad, que resulta de auer cessado la causa del impedimento, *facto testatoris*, sin alterar la primera disposicion, por ser la voluntad deambulatoria, *l. 4. ff. de adim. legat*, ibi: *Quod si iterum in amicitiam redierunt, & pœnituit testatori prioris offensæ, legatum, vel fideicommissum relictum reintegratur*

gratur

gratur, ambulatoria est voluntas defuncti vsque ad vitæ supremũ exitum: comprobat in specie Albertus Brunus de refectione, num 42 donde dize, que resucita la primera disposicion, *eo ipso* que se reuoca la segunda, o se arrepiente el testador de auerla hecho, ibi: *Nisi statim pœniteat reuocatæ ipsius secundæ dispositionis.*

15 Desto se prueba con euidencia, que para la reintegracion de la primera voluntad no es menester nueua declaracion, porque basta el hecho de cortar y romper el testamento segundo, sin alterar el primero, porque *eo ipso*, es visto confirmarlo. *probat glossa in l. tractabatur, ff. de militar. testamento, verbo nihil noui*, ibi: *potuit enim mutari, & non fecit, & ideo firmare videtur glossa in l. 6 §. remittuntur, ff. de excut. tutor. verbo nisi postquam*, ibi: *Et potuerit testamentum mutare, & non mutauit, satis videtur remisisse*: Angelo *dicto cons* 108. *n*, 2. *in fine ait*: *quod testator, qui superuixit, & potuit testamentum mutare, & non mutauit, videtur velle in prima voluntate decedere, & ipsam firmare.*

16 Y en terminos del mismo §. *testamento*, lo resuelue Menochio *cons*. 176. 2. *p. num*. 10. cuyas palabras se refieren en nuestro papel fol. 8. num. 13. Alverico *in dict*. §. *testamento, num*. 2. dize, que la excepcion que compete al heredero *oritur ex cancellatione secundi testamenti*: luego si vuiera otra declaracion, o nueua voluntad confirmante, no fuera menester valerse de la cancelacion, pues naciera ex recenti voluntate, como en el primer caso del texto: optimè Fachineus *lib. 5. controuers*. 93. donde dize, que *ex hoc Papiniani responsio rectè colligitur primum testamentum, quod posteriori reuocatum est, reuiuiscere, si testator posterius inciderit, aut reuocauerit*: y en lo vltimo dize, que la excepcion que compete al heredero escrito, consiste en dezir, que el testador rompio el segundo testamento, *ea mente vt prius testamentum valeret*: luego no huuo mas que presuncion y conjetura de la incisiõ, *l. qui iure, ff. de militari testam.* ibi: *Et si hoc tamen animo fuit vt vellet, quisquis sibi nacetur exhæredem esse testamentum non rumpitur.*

17 Y es buen texto para este intento la *l.* 1. *§. sed si filiusfamilias, ff. de legat*. 3. donde el hijo de familias, o el esclauo dexaron vn fideiconmisso, despues el hijo fue mancipado, o el esclauo fue libre, y dize, que si mueren con aquella primera

mera disposicion vale el fideicommisso, *quasi nunc datū cum mors ei contingit*, *videlicet si durauerit volūtas post manumissionē*: y aqui la glossa, verbo *durauerit*, dize, que para probar que dura la voluntad basta *quod appareat per aliquod inditium, vt infra secundum tabul. l. qui ex liberis, § testamento, & §. non tamē instit. quib. mod. testam. infirm.* luego claramente prueba, que, en el §. *testamento* no huuo mas que vn indicio de voluntad que fue romper el segundo testamento, para que valiesse el primero, como en el §. *non tamen, &c. & latius infra dicemus num.*

18 EN el segundo caso principal de la distincion, quando el testamēto se anulò, o irritô *sine facto testatoris*, se à de hazer otra distincion, videlicet, o lo supo el testador, o lo ignorò, si lo supo es necessario que declare, que quiere que valga aquel testamento, y entonces conualece, *ex recenti voluntate*; pero sino huuo declaracion, no conualece, porq̃ *potuit mutari, & non fecit*, y se presume, que quiere morir intestado con aquella voluntad inutil: assi lo dize Angelo *dict. cons.* 108. *num.* 3. ibi: *Secundo casu principali quando testamentum rumpitur ipso iure absque facto testatoris, quod contingit cum rumpitur agnatione posthumi, vel cum ante testatorem moritur scriptus hæres, & tunc si per aliqua inditia constare potest, quod testator voluerit cum eodem testamento decedere, vt quia dixit, iam feci tale testamentum, quod volo valere, vel alia verba æquipollentia protulit reconualescit testamentum ruptum agnatione posthumi, de quo testator non cogitauit: textus est in l. 3. & in l. idem fiet, ff. de militari testamento, & si opponatur, quod nuda voluntate conficitur testamentū.* Respondeo; *non est mirum, quia non conficitur de nouo, sed iam confectū, & infirmatū validatur, quod facilius fieri potest, vt in dict. §. testamento, si autem dicta inditia non apparent, sed solum allegatur, quod testator potuisset mutari testamentum si voluisset, non sufficit, nec reconualescit, imo potius videtur testator cum dicta volūtate prima velle decedere, textus est recte, & sanè intellectus in l. tractabatur, ff. de testam. milit.*

19 Con esto se entenderá el §. *posteriori, instit. quib. mod. testam. infirm.* donde murio intestado el testador, porque hizo dos testamentos, y el primero rompio por el segundo, y el segundo no tuuo efecto, porque el heredero no quiso acetar, o no pudo, y el testador lo supo, y no declaró su

volun-

580

voluntad, y quiso morir con el testamento segundo inutil, y no conualecio el primero *ex defectu voluntatis*, porque el primero testamento se anulò, *facto testatoris* por el segundo, y el segundo se irritó, *sine eius facto, propter defectum hæredis, viuente testatore*; y no auiendo declarado, ni dispuesto nada, quiso morir intestado por el vltimo testamento inutil, *ex defectu hæredis*; pruebalo el mismo Angelo vbi proximè, y en el *cons. 364. num. 5.* ibi: *Proinde adduco expreßé, & noto l. tractabatur, quam supra allegaui, nam ibi viuo testatore euacuatum est testamentum pagani, quod vires non reasumit vllo modo ex quo potuit testamentum mutare, & non fecit, quod præsumit lex, quod voluerit cum eadem voluntate inutili decedere, ex quo contra casum, qui superuenit recenti iudicio non prouidit.*

20 Pruebalo expressamente la *l. idem* 14. §. *cum miles, ff. de militari testamento*: y la *l. tractabatur* siguiente, en cuya especie vn soldado auia hecho testamento, en que dexaua la herẽcia *per fideicommißum*, a vn esclauo, *á primo hærede, & ab substituto*; sucedio, que el heredero, y el susticuto murieron en vida del testador, o despues de su muerte, antes de auer acetado: y resuelue el texto, que no prejudica al esclauo, *quia non inde defunctus intestatus moritur, sed perinde habendum est, ac si eidem seruo libertas simul, & hæreditas data est.*

21 Prosigue en la misma especie la ley *tractabatur*, y pone la misma duda *in pagano*, y la resuelue con la misma distincion que se ha hecho, o supo el testador el accidente, o lo ignorô, si lo supo, y no preuino, ni declarô su voluntad, quiso morir intestado con aquel testamento inutil; pero si lo ignorô, *subueniendum est hæredi*, porque no se presume, que quiso morir intestado: patet ibi: *Et placet non sine distinctione hoc fieri, sed siquidem viuo testatore, & sciente deceßißent, nil noui statuendum; si autem ignorante, aut post mortem eius omni modo subueniendum*: y aqui la glossa de Vibiano dize, que: *si decederẽt institutus, & substitutus, viuo testatore, & sciente, tunc nihil noui statuendum esset, & sic non valeret libertas in testamento data dicto seruo, si autem deceßißent institutus, & substitutus ignorante testatore, vel post mortem testatoris subueniendum est, vt valeat libertas, & habeat hæreditatem dictus seruus.* Y la glossa de Acurcio verbo *nihil noui*: dize lo mismo Paulo de Castro, *in l. nostram C. de testam. numer.* 4 y assi se ha de entender el §. *posteriori*, pues en aquel caso el testamento segundo se irritò *ex de-*

fectu hæreditatis, & sine facto testatoris, eo viuente: y por no auer lo el remediado, ni preuenido no cõualecio el primer testamento, *ex defectu voluntatis*, pues quiso morir intestado con el segundo testamento inutil.

22 Y en esto se diferencia el §. *testamento* de la *l. qui ex liberis vers. non secus*, porq̃ alli el segundo testamento no se irritò *ex defectu hæredis*, sino *facto testatoris*, porque el mismo lo cãcelò, y esto no fue por querer morir intestado, sino para q̃ conualeciesse el primer testamento; y assi se presume por el mismo acto: y esta nuda voluntad basta para confirmar el testamento primero, porque no es hazerlo de nueuo, sino conualidar el hecho: *quod facilius fieri potest ex dicto §. testamento, vt ait Angelus dict. consi.* 108. *num.* 3. *l. Titius, ff. de milit. testamento*, ibi: *Sed plané fecisse testamentum, interpretandum est, qui se velle testamentum, quod antea fecerat valere aliquo modo declarauit.* Y es de notar la palabra, *aliquo modo*, pues ya se sabe, què la voluntad, y el animo, *facto, vel verbo declaratur, vt probat in specie Faber, diffinit. final. tit. de testam. lib 6. in C nu. 5. vbi ait, quod actum facti est potentior, quàm actum verbi, & in specie est textus in l. cãcellauerat, & in l. proximé, ff. de his, qui testam. delentur.* Y aqui no solo declarô su voluntad el testador, *facto*, cancelando el segundo testamento, sino *verbis*, declarando que no queria hazer otro testamento, porque tenia dado ya poder para testar a sus comisarios, como lo deponen ocho testigos, y para esto bastan solos dos: *quia non agitur de validitate testamenti, sed de elidenda exceptione deficientis voluntatis, non enim de iure testamenti quæritur, sed de viribus exceptionis, vt ait Papinianns dicto §. testamento: sic tenet Pichardo in l. si adrogator sub titulo, inst. de adoptionibus, num.* 34. con lo qual confirmô de nueuo el primer testamento como si entonces lo hiziera, *vt ait* Angelus *dicto cons.* 108. *num*, 3. *l.* 1. §. *sed si filius familias, ff. de legatis* 3. ibi: *Quasi nunc datum cum mors ei contingit, l. idem est, ff. de militari testamento*, ibi: *si mortis tempore in ciuitate inueniatur institutis incipit conualescere, quasi nunc data hæreditate, l. obseruare, ff. de officio procõsul.* ibi: *Sed si ante fecerit, & ingressus prouinciam in eadem voluntate fuerit, credendum est legatum videri habere iurisdictionem, non ex inde, ex quo mandata est, sed ex quo prouinciam ingressus est.* Optimus textus *in l. si filius familias, ff. de milit. testam. verum si perseuerasset in ea voluntate, vt vellet, adhuc illud testamentum valere,*

quaſi rurſum aliud factum, & ibi: *Deinde ſi voluerit ratum illud eſſe pater conualeſcet, ſic quaſi de nouo factum.* Y aqui la gloſſa dice: *Scilicet teſtamentum ſola voluntate, non quod hæc voluntas ſit teſtamentum, ſed perinde primum reſuſcitatur, ac ſi nunc fieret, vt ſupra eodem, l. miles filius.*

23 Con eſto tambien ſe entenderà la *l. militis codicillis, §. fin: ff. de militar. teſtamen.* donde el que hizo teſtamento *iure cõmuni*, deſpues ſe hizo ſoldado, y hizo teſtamento *iure militiæ*, y deſpues dexò de ſer ſoldado, y paſſó vn año, y murio ſin auer hecho otra diſpoſicion, y dize el texto, *prioris teſtamenti, quod ruptum eſſe conſtabat non reintegrari vires conſtitit.*

24 La razon deſta deciſion fue la miſma que la del §. *poſteriori*, porque el primer teſtamento ſe rompio por el ſegundo, y el ſegundo ſe caducò *poſt annum*, porque el priuilegio *militis* no duraua mas tiempo, el teſtador lo ſupo, *vt patet*, ibi: *ruptum eſſe conſtabat*, y no diſpuſo nada, y aſsi fue viſto, que quiſo morir abinteſtato, y con aquella ſegunda diſpoſicion inutil, como lo nota la gloſſa verbo *conſtabat*, y verbo *conſtitui*, donde dize: *Sufficit ergo quod ex ſecundo teſtamento hæres eſſe potuit, §. poſteriori, inſt. quib. mod. teſtam infirm.*

25 Y ſupueſto que en eſte caſo conſta lo contrario, porque el teſtador no quiſo morir con el ſegundo teſtamento cerrado, pues le abrio, y rirrò *facto ſuo*, reſulta indicio de que lo hizo, *vt prius valeret*, y conualecio ſin duda el primer teſtamento como ſi lo hiziera de nueuo entonces, *vt dictum eſt*, aunque no huuie ra, como ay probança tan plena de ſu voluntad.

26 De todo lo que ſe ha dicho ſe prueba con euidencia, q̃ Gregorio Sans de Vbago no tiene accion alguna para pedir eſta herencia, ni la puede tener, porque ſi eſtuuieramos en caſo en que huuieſſe hecho vn teſtamento ſolo, y ſe dudaſe de ſu validacion, y conualecencia, o porque lo cancelò, o porque padecio alguna *capitis diminucion*, o por otra cauſa que ceſaſſe al tiempo de ſu muerte, pudiera tener entrada y mouer la duda el heredero *abinteſtato*: porque ſupueſto que no auia mas de vn teſtamento, el heredero eſcrito no pudiera tener otro contraditor ſino el heredero legitimo: y en eſtos terminos ſe ha de entender y entiende el §. *teſtamento* de la *l, qui ex liberis*, en la primera eſpecie, donde habla y propone el caſo, del qual hizo vn teſtamẽ-

to

to, y ſe dio en arrogacion deſpues, y murio *ſui iuris*: duda el texto, ſi conualecio aquel teſtamento irrito por la *capitis diminucion*, y en eſta eſpecie es preciſo que el pleito, y la controuerſia fueſſe con el heredero legitimo, que pretendia la ſuceſsion *abinteſtato*, porque no podia ſer con otro heredero eſcrito, pues no auia mas que vn teſtamento: y deſta manera lo entiende y explica Pichardo *in l. ſi arrogator ſubſtit. inſtit. de adoptionibus, num.* 34. que es el miſmo lugar que ſe alega por el abogado contrario, y expreſſamente habla del teſtamento del arrogado, que es la primera eſpecie del *verſ. non ſecus*, como ſe puede ver en el miſmo lugar.

27 Pero eſto no procede en eſte caſo, porque eſtamos en dos teſtamentos, y el ſegundo cancelado, que ſon los terminos proprios del §. *teſtamento*, en el *verſ. non ſecus*, en cuya eſpecie no ſolo no tiene accion el heredero legitimo, pero es incapaz de tenerla, porque no ſe dan terminos abiles, porque ay dos teſtamentos, y por qualquier dellos puede acetar y poſſeer el heredero eſcrito, *l. quandiu* 39. *ff. de adquirenda hæreditate*, *vbi quando poteſt ex teſtamento adiri hæreditas abinteſtato non defertur*: y quando ay dos teſtamentos, la duda y controuerſia es entre los herederos eſcritos en cada vno, y la excepcion de ſi el teſtamento ſe rompio, o cõualecio es perſonal de cada heredero eſcrito, y no compete a otro ninguno que no ſea heredero eſcrito, pruebalo el miſmo texto con claridad, ibi: *Non enim de iure teſtamenti quæritur, ſed de viribus exceptionis, quæ in hoc iudicio quanquam actori opponatur, ex perſona tamen eius qui opponit æſtimatur*: aſsi lo dize la gloſſa *verbo, æſtimatur*, ibi: *Competat ei vel non, nam alius forte non opponet eam ſecundo hæredi propter primum, & ſecũdum, hoc etiam eſt in perſona, ex parte etenim opponentis, & eſt ſpeciale propter ſecundum teſtamentum.*

28 Lo miſmo prueba la *l. militis* 37. §. *veteranus, ff. de milit. teſtam.* ibi: *Cuius exceptionis vires ex perſona petentis æſtimantur, & alioquin potior eſt in re pari cauſa poſſeſsoris.* Demanera que en dos diſpoſiciones, vna perfecta, y otra imperfecta, la excepcion ſola compete a los eſcritos en cada vna; y es perſonal dellos, y en duda, *potior eſt cauſa poſſeſsionis.*

29 Y eſto ſe ajuſta indiuidualmente a eſte pleito, porque las obras pias eſtán en poſſeſsion de los bienes, y ſe hallan inſtituidas

inſtituidas en ambos teſtamentos, y el heredero legitimo no es parte para pretender la ſuceſsion quando ay dos teſtamentos, y el vno ſolo cancelado: *Notabiliter* Cino *in l. noſtram, C. de teſtam. num 2. in 4. oppoſi.* ibi: *Dicit ſecundum teſtamentum inciſſus non eſſe omnino ſublatum, & primum, quod ipſo iure fuit reuocatum per tale, ſecundum non reconualeſcere, & ideo dicit forté textus, quod de iure teſtamenti non quæritur, ſed de viribus exceptionis, ſcilicet doli opponendæ per hæredem ſcriptum in ſecundo, contra quem alius forté non opponeret:* Paulo de Caſtro *in dict. l. noſtram, num. 2.* donde dize, que eſta excepcion es perſonal del heredero inſtituido en el primer teſtamento, *ita quod nec iudex poteſt de facto ſupplere:* y compete ſolo cõtra el otro heredero inſtituido en el ſegundo: *comprobat latè* Galeota *controuerſ. 38. num, 48. cum ſeqq.*

30 Cæterùm, por otro fundamento no tiene accion, ni la puede tener Gregorio Sans de Vbago, videlicet, porque toda ſu pretenſion ſe funda en dezir, que el ſegundo teſtamento que hizo ſu hermano lo reuocò, porque lo abrio, y cortò los hilos, y que mediante eſto murio inteſtado.

31 Y ſi probaſemos, que eſte teſtamento ſegundo no ſe reuocô por la inciſion, ceſſaria la ſuceſsion de abinteſtato, pues en eſto eſtriba toda ſu ſu pretenſion: y para eſto ſe ha de ſuponer, que el abrir el teſtamento, y cortarle los hilos, no prueba preciſamente la reuocacion, porque eſte acto es indiferente, y conjetural, y por eſto la cancelacion no reuoca el teſtamento, *ipſo iure*, ſino *per exceptionem*, como ſe ha fundado, y como lo nota la gloſſa *in l. noſtram, verbo nõ valere*, y la concuerda con la *l. qui ex liberis, §. teſtamento, nam ſi agant hæredes obſtat exceptio*: luego ſi pueden pedir en virtud del la poſſeſsion, no quedô reuocado *ipſo iure*, ſino *per exceptionem*: y el miſmo texto, *in l. noſtram* lo dize biẽ claro, porque el abrir el teſtamento puede ſer por otra cauſa q̃ para reuocarlo; y aſsi es neceſario, que conſte que lo abrio el teſtador para reuocarlo, *voluntate mutata, vt ait textus*, ibi: *Siquidem teſtator linum, vel ſignacula inciderit, vel abſtulerit, vtpoté eius voluntate mutata, teſtamentum non valere, ſin autem ex alia quacumque cauſa hoc contingerit durante teſtamento, ſcriptos hæredes ad hæreditatem vocari:* y aſsi es neceſario que cõſte, que el teſtador rompio el teſtamẽto, porque dixo, que queria morir inteſtado, y de otra manera no ſe funda la

sucesſion legitima, *l.* 1. § *fin. ff. ſi tabulæ teſtam. null. ex tab.* ibi: *Si hæres inſtitutus non habeat voluntatem, vel quia inciſſæ ſunt tabulæ, vel quia cancellatæ, vel quia alia ratione voluntatem teſtator mutauit, voluitq́ꝫ inteſtato decedere, dicendum eſt abinteſtato rem habituros eos, qui bonorum poſſeſsionem acceperunt*: y para eſte intento pondera y exorna eſte texto Peralta *in l. ſi quis in principio, ff. de legat.* 3. *nu* 52 & 68. Eſto miſmo prueba la *l.* 24. *tit.* 1. *p.* 6. ibi: *Quebrantando aſabiendas el facedor el teſtamento*: Et ibi: *Excepto ſi ſe probaſſe, que alguna deſtas coſas aunieſſe en la carta del teſtamẽto, por ocaſiõ, e q̃ no fueſſe fecha a ſabiẽdas*: eſtas palabras denotã propoſito y animo de reuocar el teſtamento, *l. in fraudẽ, ff. de teſtam. milit.* ibi: *Qui ſuper eo cogniturus erit, cõſiderauit quo propoſito id fecerit, nam ſi mutatæ voluntatis eum pœnituiſſe, probabitur reuocatum teſtamentum intelligitur.*

32 Y de aqui reſulta, que ſi el teſtamẽto ſe abriò para añadirlo, o reformar algo, nunca ſe entiende reuocado, ni tienen derecho los abinteſtato, *textus in l. Tribunus, §. fin. ff. de teſtam. milit.* ibi: *veluti ſi tabulas inciderit, & legerit teſtamentũ, ac rurſus ſuo ſigno ſignauerit amplius, & ſi aliquid interleuerit, produxerit, adiecerit, emendauerit, quod ſi nihil horum incideret, teſtamentum eius ad priuilegia militum nõ pertinebit*: ergo à cõtrario, ſi aliquod horũ inciderit, quedarà cõfirmado; y eſto miſmo paſſò en eſte caſo, porque conſta, que el abrir el teſtamento, fue para añadirlo, y el miſmo teſtador lo fue adicionando a la margen, como lo depone el eſcriuano, y ſus oficiales, y hizo vna memoria de las obras pias, y aſsi no ſolo no lo reuocò, pero lo confirmò. Y eſte es caſo ſin duda, en que no ſe induce reuocacion, ni ſuceden los abinteſtato, ni ſe preſume mudada la voluntad, *quia apparet de cauſa, ita* Marta *de ſucceſſ. legali* 4. *p. q.* 4 *art.* 1. *num.* 6. *magiſtraliter* Oldrald. *conſ.* 144. donde reduce eſta materia a tres caſos: El primero, quando conſta, *quod pater familias per inciſionem, vel reuocationem teſtamenti voluit decedere inteſtatus.* El ſegundo, quãdo *noluit decedere inteſtatus, ſed ſcriptos hæredes iudicauit indignos.* El tercero, quando *non conſtat de mente. Primo caſu veniunt venientes abinteſtato, & habebitur in effectu: perinde ac ſi nullum vnquam fuiſſet conditum teſtamentum, vt C. de teſtam. l. noſtram, &c. Secundo caſu abſque dubio locus eſt fiſco. Tertio verò caſu, vbi dubium eſt de mente teſtatoris reuocantis teſtamentum per inciſſionem, cancellationem, vel alium actum: his ſimilem dicendũ eſt quod*

aut actum recisionem testamenti inducens vniformiter, totum respicit testamentum, id est, pariter haredum institutionem, & legatorū ascriptionem, vt est simplex incisio, vel totius testamenti cancellatio, & hoc casu veniunt venientes abintestato, & non fiscus. Si verò actus recisionem inducens, non respicit omnia in testamento ascripta, sed institutionem hæredum tantum, vt quia hæredum vnius, vel plurium nomina cancellauit reliquo testamento sano, & integro remanente, tunc apparet, quod noluit intestatus decedere, sed legata voluit debere, per hoc, quod ea non cancellauit: argum. ff. de testamen. militis, l. tribunus, §. vltim: tenet in specie Paulo de Castro *in l. nostram, C. de testam. num. 3,* donde duda, *quid iuris quando non constat qua intentione testator fecerit cancellationem: vtrum,* si en esta duda se entera, que quiso morir intestado, o que lo hizo por odio de los herederos : *& quod sic transeat hæreditas ad fiscum cum onere legatorum:* y resuelue la duda, siguiendo la opinion de Dino : *quod cancellando nomen hæredis censetur voluisse legata firma manere, per illam l. Tribunus, & per l. cancellauerat, de ijs, qui testamento delentur, vbi si cancellatur nomen vnius, portio eius applicatur cohæredi, & hoc procedit nisi subesset causa.* Esto mismo dize la *l. cancellauerat, ff de his, qui testam. delent.* donde nota Bartulo, *quod in dubio cancellatio restringitur ad rationem ipsi cancellationi aductam: sic tenet D. Couarrub. in rub. de testam. 3. p, num.* 19. Mantica *de coniecturis, lib. 2. tit. 1 num. 28. quos, & alios refert Dominus D. Ioan. del Castillo lib 4. controuer. cap. 37. num. 26. laté* Tello Fernandez *in l. 3. Tauri, 5. p. nu.* 15. donde dize, que tuuo el caso, y que auiendolo considerado *maturè*, resoluio, que no inducia reuocacion la incision, *maximé* por la *l. 3.* de Toro, que no requeria mas solē nidad que siete testigos, y el escriuano, con que se derogô la forma antigua, *inuolutionis in lino ligaturæ, & pendenti à cordularum & sigilla, quæ á cordulis pendere debebant:* y aunque Iuā Gutierrez *lib. 3 practicar. q. 46.* tuuo lo contrario, lo entiende quando simpliciter consta de la incision, y no de la causa: *aliud est si constat, quod causa, & non consulté fuisset ruptum testamentum, vt ait num. 10. latissimé* Gratianus *discept. 490. nu. 41, & discep. 558 per totam, 3. tom. & discept. 764, tom. 4.* Fontanela *decis. 49. num. 11.*

33 Y en efecto esta es doctrina, y resolucion cierta, que si no ay mas que vn testamento, y esse lo cancela, y rompe el testador simpliciter todo, se presume reuocado *ipso iure,*

pero ſino cancela mas que el nombre del heredero, ſe preſume que lo hizo por odio ſuyo, y no ſe reuoca *ipſo iure*, ſino *ope exceptionis*, y quedan firmes los legados; pero ſi lo cãcelô por alguna cauſa, o accidente, no ſe reuoca el teſtamẽto, como ſe prueba de los textos, y Doctores referidos, y aſsi lo reſuelue Marco Antonio *in authent. hoc inter liberos, C. de teſtam. n. 14. inter repetitiones Doctorum, volum. 8. fol. 227.*

34 Y eſta reſolucion tiene dos limitaciones, que ſe ajuſtan a los terminos deſte pleyto, vna es, quando vuo dos teſtamentos, porque entonces aunque ſe cancele el vno, no ſe reuoca el otro, imò ſe confirma, y eſte es el caſo proprio de la ley *qui ex liberis, §. teſtamento, verſ. non ſecus, ff. ſecundum tabul.* y eſto procede ſin duda quando en ambos teſtamentos eſtá inſtituido vn miſmo heredero, y entonces ſe reputan ambos por vn teſtamento, y aunque ſe incida el vno, no ſe entiende reuocado el otro, por la razon de la ley, *cancelauerat de his, qui in teſtamento delentur*, que pone el caſo en vn teſtamento canceiado en parte, y reſuelue, que vale lo demas no cancela do.

35 Y lo miſmo dize la ley *proximè*, del miſmo titulo: y es mejor texto la ley *fin. eodem tit.* que pone el caſo en dos teſtamentos de vn miſmo tenor, y con vna miſma ſolemnidad, y dize el texto: *Si quaſdam tabulas in publico depoſitas abſtulit, atque deleuit, quæ iure geſta ſunt, præſertim cum ex cæteris tabulis quas non abſtulit res geſta declaretur, non cõſtituentur irrita*, Paulus notat: *Sed ſi vt inteſtatus moreretur, incidit tabulas, & hoc ad probauerint hij, qui ab inteſtato venire deſiderant ſcriptis auocabitur hæreditas*; eſte texto es deciſiuo deſte pleito, porque aũque aqui vuo dos teſtamentos, fue vno porque en ambos eſtà inſtituida por heredera el alma, y las obras pias caſi ſon las miſmas.

36 Con lo qual ſe puede dezir, que ambos ſon vn teſtamẽto de vn miſmo tenor, demas de que el teſtamento que haze el comiſario, y el que haze el teſtador todo es vn teſtamento, y no dos, como lo aduirtio doctamente Tello Fernandez en la *l. 34 de Toro*, y Matienço *in l. 8, tit. 4. lib. 5. recop. gloſſa 1. num. 1. & 5.* donde dize, que quando no ſe tengan por dos teſtamentos, ſino por vno, el otro ſe reputa por codicilo; y eſta es la razon porque no ſe reuoca el primero por el ſegundo, y es neceſario eſpecial reuocacion; y tam-

y tambien porque puede qualquiera morir con dos testamentos, como aduertimos en el primer papel num. 3. segun la disposicion de la ley 34. de Toro, y assi no se induce cancelacion de la reuocacion, porque no se canceló todo simpliciter, ni el testador lo abrió para reuocarlo, sino para añadirlo, y como quiera que sea, era necessario, que dixesse que queria morir intestado, y que por esso lo abria y no auiendolo dicho, no se vicia el primer testamēto por auer abierto el segundo, pues no llegò al primero, y tienē necessidad los herederos legitimos de probar esta calidad y mientras no la probaren, el heredero escrito funda su intencion, *sed si vt intestatus moreretur, incidit tabulas, hoc adprobauerint hij, qui abintestato venire desierant, scriptis auocabitur hereditas, d. l. fin. ff. de his, qui testam. delentur.*

37 La segunda limitaciō es hallarse instituida por heredera el alma, y las obras pias, y en este caso es doctrina sin cōtradicion, aun de los mismos que dizen, que la incision induce reuocacion *ipso iure*, que no se presume hecha *consulté* y con animo de reuocar el testamento quando estàn instituidas obras pias, *ita in specie resoluit Burgos de Paz in l. 3 Tauri, num. 127.* donde refiere vn caso semejante, que sucedio en Valladolid, y se resoluio en fauor de las obras pias, por este fundamento, *vt ait* Burgos de Paz, ibi: *Verùm dictum monasterium demum obtinuit, & iusté, quia dictum testamentum confectum fuit ad pias causas, in quo casu non est iure præsumendum prædictam incisionem cordarum, seu filorum consulto à testatore factum, vt probatur in l. proximè in fin. ff. qui testam. delentur, &c.*

38 Lo mismo dize Iuan Gutierrez *dict. lib. 3. pract. q 47. nu. 11.* donde alega a Burgos de Paz, y otros, Marta *de successione legali, q. 4 p. 4. art. 1. n. 10. vbi plures refert singulariter* Antonius Fab. *definit. 29. & 30. in fin. in l. tit. testā. lib. 6.* Mastril. *decis. 132 n. 19. & 20.* Azebedo *in l. 2. num 18. lib. 5. tit. 4 nouæ recop. nouissimé* Fōtan. *decis. 49 n 11.* dōde habla en terminos de vn testador, q abrio vn testamento con animo de hazer otro, y no lo hizo, y refiere el *cons. 159. lib. 7.* de Alexandro, y el *cons. 42. de Menoquio lib. 1.* y las disceptaciones de Graciano 490 *n 41. to. 3.* y 558. *per tot. eodē, tom.* y la disceptaciō 764. *to. 4.* que son indiuiduales, y aqui procede lo mismo q alegarō las obras pias en el caso de Fontane. *vt ait ipse*, ibi: *Esto igitur dicebant causæ piæ, quod quando nullam expressisset causam noster testator ob causam reacciperet testamentum, &*

illud aperiret, & fila incideret, posset prætendi voluntatis mutatio, & testamenti correctio per eos actus; non tamen quando ex causa, & sub conditione faciendi aliud testamentum prædicta facta fuere, nisi causa demum secuta, & conditione adimpleta, non dicitur facta reuocatio, ad quod sunt toti tituli, ff. & C. de conditione sine causa, & de causa data, causa non secuta, & videtur esse in idem textus in l. cancellauerat, ff. de his, qui in testamento delentur.

39 Y aunque en la decision 50. y 51. prosigue impugnando los fundamentos de las obras pias, porque el defendio a los herederos abintestato, adhuc se determinô en fauor de las obras pias, con harto sentimiento suyo, *vt ait decisione 51. num.* 41. y en el *num.* 18. se disculpa con las obras pias, y reconoce su grande priuilegio, y resuelue, que hallando se en poder del testador el testamento abierto vale *in fauorem piæ causæ*, y todo esto se ajusta indiuidualmente a este pleito, y solo basta para exclusion la pretension de Gregorio Sans de Vbago, pues el testamento segundo no está reuocado, y si este fundamento se asienta, no tiene puerta por donde entrar a su pretension, y aunque la tenga, queda en su fuerça y vigor el primero testamento, porque es lo mismo, y de qualquiera manera se prueba, que tan lejos estuuo el testador de querer morir intestado, q̃ en todos sus testamentos y memorias siempre dexò a su alma por heredera, y todo su desvelo fue en la forma de las obras pias, y para esso hazia memorias; y a su hermano nunca le dexò mas que vn legado: y conocida esta intencion, es terrible caso intentar destruir todas las obras pias, y que se lleue el heredero abintestato toda la hazienda, siendo assi, q̃ el testador pudo tener fin particular, como le tuuo, para el descargo de su conciencia en dexar a su alma por heredera y obras pias, por esso no se acordò de los herederos ab intestato en la institucion: y esta consideracion solo basta, porque aunque las disposiciones ayan sido imperfectas y nulas, adhuc el animo y intencion del fundador se conoce por ellas, y se deue obseruar, *vt ait text. in l. fin. ff. de rebus eorum*, ibi, *Paulus respondit, & si testamentum patris postea irritũ esse, apparuerit tamen tutores pupilli, siue curatores filij nihil contra orationem diuorum Principum fecisse videri, si secundũ voluntatem defuncti testamento scriptam prædium rusticum pupilli vendiderunt: comprobat, & exornat ex infinitis Doctoribus D. Ioannes del*

Castillo

Castillo *lib. 5. 2. p. cap.* 108. *nu.* 3. donde resuelue: *quod voluntas testatoris percipitur, probatur, interpretatur, atq; declaratur, ex actu, aut ex testamento, etiam nullo, aut irrito.*

40 QVando se vio este pleito en remission, se mouio vna duda, de que nunca se ha tratado, y fue dezir, que el testador nombrò tres comisarios juntos, que vno dellos fue el General don Antonio de Oquendo, y por su ausencia, o impedimento nombró a Iuan de Olarte: y controuiniendo a esto dos comisarios solos hizieron el testamento, diziendo, que estaua ausente el General Oquendo y no constando que vuiessen requerido a *Iuan de Olarte*, que se subrogò en su lugar.

41 Esto tiene facilissima respuesta, porque de la ausencia, y impedimento del dicho don Antonio de Oquendo no se puede dudar, porque es cierto que estaua en Flandes, y no fue necesario hazer diligencia, ni requirimiento alguno a Iuan de Olarte, porque se desistio, como consta del desistimiento que hizo ante escriuano, que se ha presentado.

42 Con lo qual pudierõ obrar, y executar el poder los dos comisarios: *Quia quando vnus executorum est absens in remotis, aut exequi nolit, alius implere potest, vt est textus in cap. Religiosus, el segundo, §. sanè de testam lib.* 6. *vbi DD. l.* 6. *tit.* 10. *part.* 6 ibi: *Pero si acaeciere, que todos no pueden, o no quieren, lo que hizieren los dos, o el vno deue valer, maguer los otros no acierten:* y vbi *glos.* 5. *l.* 38. Tauri, *hodie lex* 12. *tit.* 4. *lib.* 5. ibi: *Quando el testador dexare dos, o mas comisarios, si alguno, o alguno dellos requeridos no quisieren, o no pudieren vsar del dicho poder, o se murieren, el poder quede por entero al otro, o a otros que quisieren y pudieren vsar del dicho poder.* Matienzo ibi, *glossa* 1. 2, & 3. Ioannes Gutierrez *allegat.* 1. *nu.* 12 latè Carpio *de execut. lib.* 3. *cap.* 2. *num.* 9.

43 Pero vtcumque sit, esta quastion es escusada, porque supuesto que el testador dexò a su alma por heredera, y el mismo instituyò las obras pias, y en el poder dixo, que se hiziessen las memorias, y obras pias que auia comunicado con sus testamentarios, ellos las pudieron declarar, aũque no fuesse en fuerça de testamento, por la ley Teophontus, *ff. de dote prælegata*: y de qualquier manera siempre el alma es heredera, aunque los comisarios no vuiessen hecho el testamento, *vt expressè disponit l.* 33. Tauri, *quæ est l.* 7. *lib.* 5. *tit.* 4. *recop.* ibi: *Pero lo que el testador le mandó señalada y determi*

nadamente, señalando la persona del heredero, o señalando cierta co sa que auia de hazer el tal comissario, mandamos, que el tal comissario sea obligado a lo hazer; y si passado el dicho termino no lo hiziere, que sea auido como si el tal comissario lo hiziesse, o declarasse, &c. Y asi de qualquier manera no puede tener lugar la sucesiō abintestato, pues ay heredero escrito, y testamentos legitimos: y si los comisarios excedieron, o no, no es deste juizio, ni es parte Gregorio Sans de Vbago para alegar el excesso, ni aunque en este caso le vuiera auido, le pudo dar derecho, no teniendole el por los testamentos, como no le tiene. Y asi esperamos se determine en fauor de las obras pias, como pretendemos. Salvo, &c.

Lic. Don Lorenço del Castillo y Gallegos.